



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2010

Compliance-Programme im Kartellrecht: neue Entwicklungen im europäischen Wettbewerbsrecht?

Rizvi, Salim

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-47667>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Rizvi, Salim (2010). Compliance-Programme im Kartellrecht: neue Entwicklungen im europäischen Wettbewerbsrecht? Jusletter:online.

Salim Rizvi

Compliance-Programme im Kartellrecht

Neue Entwicklungen im europäischen Wettbewerbsrecht?

Bemühungen zur Einhaltung von Kartellrechtsnormen (Compliance) kommt unter anderem wegen der hohen Bussenpraxis eine wichtige, unternehmensinterne Rolle zu. In der Tendenz führen, gemäss der Luxemburger Entscheide, Compliance-Massnahmen grundsätzlich nicht zu einer Bussgeldminderung. Diesbezüglich stehen sich vornehmlich zwei Argumentationen gegenüber: Auf der einen Seite der tatsächlich begangene Kartellrechtsverstoss und auf der anderen Seite ernsthafte Bemühungen zur Einhaltung des Kartellrechts. Der Beitrag beleuchtet die Thematik der Berücksichtigung von Compliance-Massnahmen im europäischen Kartellrecht.

Rechtsgebiet(e): Kartellrecht

Zitiervorschlag: Salim Rizvi, Compliance-Programme im Kartellrecht, in: Jusletter 31. Mai 2010

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Anwendungsbeispiel
 - A. Zusammenfassung des Sachverhalts
 - B. Zusammenfassung der Erwägungen des EuG
 - 1. Vorbringen der Parteien
 - 2. Würdigung des EuG
- III. Compliance
 - A. Einleitung
 - B. Begriff der Compliance
 - C. Rechtliche Grundlagen für die Berücksichtigung von Compliance?
 - D. Bestandesaufnahme
 - 1. Darstellungen in der Lehre
 - 2. Leading Cases
- IV. Bemerkungen
 - 1. Widersprechende Interessen
 - 2. Lösungsansatz
 - a. Auslegung als Instrument für die Berücksichtigung von Compliance
 - b. Ergebnis
 - 3. Compliance-Kriterien

«It takes 20 years to build a reputation and five minutes to ruin it. If you think about that, you'll do things differently.»
(Warren Buffett)

I. Einführung

[Rz 1] Ein Entscheid muss in erster Line objektiv nachvollziehbar und somit auch überzeugend sein. Dazu sind einzelne Kriterien juristisch zu prüfen. Bis 1992¹ hat die Europäische Kommission (nachfolgend Kommission) die Einführung, bzw. das Bestehen eines Compliance-Programms als mildernden Umstand berücksichtigt.² Aus der Entscheidungspraxis der Kommission³, des EuG⁴, sowie des EuGH⁵ ist die neue Tendenz abzulesen, dass Compliance-Programme grundsätzlich kein Bussenmilderungsgrund darstellen. Im Folgenden wird zunächst als Grundlage ein Beispielfall zur bussgeldrechtlichen Irrelevanz eines Competition Compliance Programms vorgestellt (II.). Hernach wird allgemein auf das Thema Compliance eingegangen und in Form einer Bestandesaufnahme die Lehre sowie die Leading Cases vorgestellt (III.). Der

Beitrag schliesst mit Bemerkungen zum Thema Compliance im Kartellrecht und nimmt dabei Bezug auf die widersprechenden Interessen (IV.).

II. Anwendungsbeispiel

[Rz 2] Der EuG Entscheid T-53/03 vom 8. Juli 2008 enthält 494 Randziffern. Der Bussgeldbetrag gegen BPB plc wurde auf 118.8 Mio. Euro festgesetzt. Die Kommission musste einen Zehntel ihrer eigenen Kosten und einen Zehntel der Kosten von BPB übernehmen.⁶ Vorliegend wird zwecks Übersichtlichkeit nur auf das Thema Compliance eingegangen; für andere wettbewerbsrechtliche Aspekte wird auf den Entscheid verwiesen.⁷

A. Zusammenfassung des Sachverhalts

[Rz 3] Die BPB plc fertigt und vertreibt Baustoffe auf Gipsbasis.⁸ Aufgrund von Informationen⁹ begann die Kommission am 25. November 1998 bei acht im Gipsplattenbereich tätigen Unternehmen mit unangekündigten Inspektionen. Am 27. November 2002 erliess die Kommission ihre Entscheidung.¹⁰ Der verfügende Teil dieser von BPB angefochtenen Entscheidung lautet: BPB, der Knauf Konzern, Lafarge und Gyproc haben gegen Artikel 81 Abs. 1 EGV (neu Art. 101 Abs.1 AEUV)¹¹ verstossen, indem sie an Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Gipsplattensektor teilgenommen haben.¹² Die Kommission verhängte für BPB eine Geldbusse in Höhe von 138.6 Mio. Euro.

B. Zusammenfassung der Erwägungen des EuG

1. Vorbringen der Parteien

[Rz 4] BPB ist der Meinung, die Kommission hätte die verhängte Geldbusse wegen der vor und nach ihrer Untersuchung

¹ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 15. Juli 1992 (VihO/Parker Pen), Rz. 24 zur Berücksichtigung eines Competition Compliance Programms bei der Bussgeldbemessung.

² Vgl. dazu FABIAN THEURER, Geldbussen im EU-Wettbewerbsrecht, Diss., Peter Lang, Frankfurt am Main 2009, S. 253 ff.; Europäische Kommission, Entscheidung vom 5. Juni 1991 – Viho/Toshiba (ABl. EG 1991 Nr. L 287, S. 39 ff.), Rz. 28 ff. und MEINRAD DREHER, Kartellrechtscompliance, ZWeR 2004, S. 87 f.

³ Vgl. dazu Europäische Kommission, Entscheidung vom 5. Juni 1991 (Viho/Toshiba), Rz. 28 ff. zur Berücksichtigung von Compliance-Massnahmen; Europäische Kommission, Entscheidung vom 14. Mai 1997 (Irish Sugar plc.), Rz. 167 zur Nicht-Berücksichtigung von Compliance-Massnahmen.

⁴ Vgl. EuG, T-279/02 vom 5. April 2006, Rz. 348 ff. und vgl. EuG, T-15/02 vom 15. März 2006, Rz. 266 ff.

⁵ Vgl. dazu insb. EuGH, Verb.Rs. C189/02 P, C202/02 P, C205/02 P bis C208/02 P und C213/02 P, vom 28. Juni 2005, Rz. 373 und ferner die neueste Entscheidung, EuGH, C-550/07P vom 29. April 2010, Rz. 114-121.

⁶ Vgl. dazu EuG, T-53/03 vom 8. Juli 2008, Entscheid nach Rz. 494.

⁷ Vgl. zum Verfahren: WOLFGANG WEISS, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, zugleich ein Beitrag zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts, in: Ius Criminale, Schriftenreihe zum europäischen Strafrecht, München 1996, S. 11 ff. und GERHARD DANNECKER/JUTTA FISCHER-FRITSCH, Das EG-Kartellrecht in der Bussgeldpraxis, München 1989, in: FIW-Schriftenreihe, Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, E.V. Köln, 6 ff.

⁸ Vgl. zum Sachverhalt EuG, T-53/03 vom 8. Juli 2008, Rz. 1 ff.

⁹ Im Entscheid wird nicht näher dargelegt, wie die Kommission zu diesen Informationen kam. In Frage kämen Insiderinformationen oder Marktbeobachtungen durch Dritte.

¹⁰ Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. November 2002 (COMP/E-1/37.152 – Gipsplatten).

¹¹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), vom 13. September 2007, ABl. 2008 C 115, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm> (besucht im Mai 2010).

¹² Vgl. dazu EuG, T-53/03 vom 8. Juli 2008, Rz. 7.

getroffenen Massnahmen herabsetzen müssen. Die Kommission habe ihre Compliance-Bemühungen¹³ zu Unrecht als ineffektiv angesehen. Diese Ablehnung, die Bemühungen von BPB anzuerkennen, verstosse gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes.¹⁴

[Rz 5] Ferner macht die Klägerin das Folgende geltend: «Was drittens den Umstand angehe, dass ihr Generaldirektor, Herr [D], den Anweisungen ihres Verwaltungsrats zuwidergehandelt und den Informationsaustausch ohne ihr Wissen und ohne das Wissen des Personals fortgesetzt habe, könne sie zumal wegen seiner unabhängigen Position nicht für seine Aktivitäten verantwortlich gemacht werden. Zudem habe Herr [D], als die Fortsetzung des Austauschs festgestellt worden sei, seinen Posten sofort und ohne Entschädigung aufgeben müssen. Die Missachtung ihrer Anweisungen durch Herrn [D] sei der einzige Misserfolg im Rahmen der Bemühungen um Beendigung der Zuwiderhandlung gewesen. Die Kommission könne deshalb nicht behaupten, dass die von der Klägerin ergriffenen Massnahmen ineffektiv gewesen seien».¹⁵

2. Würdigung des EuG

[Rz 6] Der EuG hält in der Rubrik mildernde Umstände den allgemeinen Tenor zur Compliance fest: Die Massnahmen, welche die Klägerin getroffen hatte (Entlassung ihrer in die Zuwiderhandlungen verwickelten Führungskräfte, Schaffung von internen Programmen zur Befolgung der Wettbewerbsregeln und von Initiativen zur entsprechenden Sensibilisierung der Mitarbeiter), seien relevant. Dass ein Unternehmen jedoch Massnahmen ergriffen habe, um künftige Zuwiderhandlungen seiner Mitarbeiter gegen das Wettbewerbsrecht zu verhindern, ändere nichts daran, dass die festgestellte Zuwiderhandlung tatsächlich begangen wurde. Die Tatsache, dass die Kommission in der früheren Entscheidungspraxis in einigen Fällen die Einführung eines Programms zur Befolgung des Wettbewerbsrechts als mildernden Umstand berücksichtigt hatte, bedeute nicht, dass diese verpflichtet wäre, in einem gegebenen Fall ebenso vorzugehen.¹⁶

[Rz 7] Die Kommission ist somit gemäss dem EuG nicht verpflichtet, einen Compliance Faktor als mildernden Umstand zu berücksichtigen, sofern sie im Einklang mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz handelt. Aus der angefochtenen Entscheidung ging aber nicht hervor, dass die Kommission die

betreffenden vier Unternehmen in diesem Punkt unterschiedlich beurteilt hatte, was die Klägerin auch nicht behauptete.¹⁷

[Rz 8] Schliesslich wendet sich der EuG der Auffassung der Klägerin zu, diese könne nicht dafür verantwortlich gemacht werden, dass ihr Generaldirektor den Anweisungen ihres Verwaltungsrats zuwidergehandelt und den Informationsaustausch ohne ihr Wissen und ohne das Wissen des Personals fortgesetzt habe.¹⁸ Dieses Vorbringen ist nach dem EuG nicht von Relevanz. «Ein Unternehmen – d. h. eine aus persönlichen, materiellen und immateriellen Elementen bestehende wirtschaftliche Einheit [...] – wird von den nach seiner Rechtsform vorgesehenen Organen geleitet, und alle Entscheidungen, mit denen ihm eine Geldbusse auferlegt wird, können an die satzungsgemässe Leitung des Unternehmens (Verwaltungsrat, Vorstand, Präsident, Geschäftsführer usw.) gerichtet werden. Die Wettbewerbsregeln könnten leicht umgangen werden, wenn von der Kommission verlangt würde, bei einem rechtswidrigen Verhalten eines Unternehmens zu prüfen und zu beweisen, wer der Urheber der verschiedenen Handlungen ist, was sie daran hindern könnte, das Unternehmen zu bestrafen, das von dem Kartell profitiert hat».¹⁹

[Rz 9] Die Compliance-Bemühungen der Klägerin führten somit in casu nicht zu einer Herabsetzung der Busse.²⁰

III. Compliance

A. Einleitung

[Rz 10] Wegen der ständigen Erneuerung von nationalen und internationalen Vorschriften hat Compliance auch im Wettbewerbsrecht in den letzten Jahren zunehmend an Aufmerksamkeit gewonnen.²¹ Der Grund für die vermehrte gesetzliche Beachtung liegt u.a. in der Sanktionspraxis der Europäischen Kommission^{22, 23} welche die Milliardengrenze an Bussgeldhöhe bereits überschritten hat.²⁴

[Rz 11] Die unten angeführten Bussgelder vermitteln einen

¹³ Vgl. zur Compliance-Erklärung seitens BPB, EuG, T-53/03 vom 8. Juli 2008, Rz. 415.

¹⁴ Vgl. dazu EuG, T-53/03 vom 8. Juli 2008, Rz. 414 (zu den mildernden Umständen).

¹⁵ EuG, T-53/03 vom 8. Juli 2008, Rz. 418.

¹⁶ Vgl. dazu EuG, T-53/03 vom 8. Juli 2008, Rz. 423; zu erkennen ist hier auch der grosse Ermessensspielraum der Kommission, vgl. dazu Salim Rizvi, Entfesselte Bussenpraxis im Wettbewerbsrecht? «Quis custodiet ipsos custodes?», AJP 4/2010, S. 452 ff.

¹⁷ Vgl. dazu EuG, T-53/03 vom 8. Juli 2008, Rz. 424.

¹⁸ Vgl. dazu EuG, T-53/03 vom 8. Juli 2008, Rz. 429.

¹⁹ Vgl. dazu EuG, T-53/03 vom 8. Juli 2008, Rz. 430.

²⁰ Vgl. dazu EuG, T-53/03 vom 8. Juli 2008, Rz. 443.

²¹ Vgl. dazu PATRICK L. KRAUSKOPF/DELPHINE ROCHAT, Wirksame kartellrechtliche Compliance, AwR 2009, S. 63 ff.

²² Vgl. dazu: http://ec.europa.eu/competition/index_de.html (besucht im Mai 2010).

²³ Vgl. dazu auch JÜRGEN SCHWARZE, Rechtsstaatliche Defizite des europäischen Kartellbussgeldverfahrens, WuW 1/2009, S. 6 ff.

²⁴ Vgl. dazu: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf> (besucht im Mai 2010) und rechtsvergleichend, Stefan Otten, Die Sanktionierung von Unternehmen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Recht der USA und Deutschlands unter besonderer Berücksichtigung des Kartellrechts, Der Andere Verlag, Tönning/Lübeck/Marburg 2005, S. 137 ff. (Bemessung der Sanktion).

Eindruck von der Nichtberücksichtigung von Compliance-Massnahmen:²⁵

1. Intel 2009 1.06 Mrd. Euro²⁶ 2. Saint Gobain 2008 896 Mio. Euro²⁷ 3. GDF Suez 2009 **553 Mio. Euro**²⁸ 4. E.ON 2009 **553 Mio. Euro**²⁹ 5. Microsoft 2004 **497 Mio. Euro**³⁰ 6. Tyssen-Krupp 2007 **497 Mio. Euro**³¹ 7. Hoffmann-La Roche 2001 462 Mio. Euro³²

[Rz 12] Neben der Busse muss ein Unternehmen,³³ welches die kartellrechtlichen Parameter nicht oder nicht genügend prüft, auch weitere Konsequenzen gewärtigen.³⁴ Zu denken ist dabei etwa an zivil- und strafrechtliche Klagen durch Kunden, Reputationsschaden für das Unternehmen und Störung der betrieblichen Abläufe durch die laufende Untersuchung.³⁵

B. Begriff der Compliance

[Rz 13] Der aus der englischen Sprache stammende und im deutschen oft verwendete Begriff der Compliance bezieht sich auf unternehmerische Massnahmen, welche die Einhaltung von Verhaltensmassregeln, Gesetzen und Richtlinien überwachen sollen.³⁶ Compliance fördert somit die Un-

ternehmenskultur, welche eine Tätigkeit des Unternehmens auf der Grundlage wirtschaftlicher Freiheit und Gleichheit gewährleistet; sie minimiert folglich das Risiko von Kartellverstössen, welche für das betroffene Unternehmen und seine Mitarbeiter erhebliche negative Folgen haben können.³⁷ Wie *in concreto* Compliance auszusehen hat, bzw. welche wettbewerbsbezogene Fragestellungen in Betracht fallen, haben bereits viele Beiträge erörtert (Schulungen, Kontrollen, Sanktionen/Konsequenzen, usw.).³⁸

C. Rechtliche Grundlagen für die Berücksichtigung von Compliance?

[Rz 14] Als bestehende rechtliche Grundlage könnte für eine Subsumtion von effektiven Compliance-Massnahmen Art. 23 Abs. 2 Bst. a VO 1/2003³⁹ und Rz. 29 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen⁴⁰ (nachfolgend Leitlinien) dienen.⁴¹ Gemäss Rz. 29 der Leitlinien kann der Grundbetrag der Geldbusse verringert werden, wenn die Kommission mildernde Umstände feststellt.⁴² Ohne eine

²⁵ Die Urteile sind auf <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm> und http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/ abrufbar.

²⁶ Vgl. dazu: IP/09/745, vom 13. Mai 2009, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleases> (besucht im Mai 2010) und zur Klageeinreichung an den EuG, ABl. 2009 C 220/41.

²⁷ Vgl. dazu: IP/08/1685, vom 12. November 2008, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleases> (besucht im Mai 2010) und zur Klageeinreichung an den EuG, ABl. 2009 C 90/31.

²⁸ Vgl. dazu: IP/09/1099, vom 24. März 2004, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleases> (besucht im Mai 2010) und zur Klageeinreichung an den EuG, ABl. 2009 C 282/54.

²⁹ Vgl. Fn. 28. und zur Klageeinreichung an den EuG, ABl. 2009 C 282/50.

³⁰ Vgl. dazu: IP/04/382, vom 8. Juli 2009, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleases> (besucht im Mai 2010) und zur Klageeinreichung an den EuG, ABl. 2004 C 179/18.

³¹ Vgl. dazu: IP/07/209, vom 21. Februar 2007, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleases> (besucht im Mai 2010) und zur Klageeinreichung an den EuG u.a., ABl. 2007 C 155/33.

³² Vgl. dazu: IP/01/1625, vom 21. November 2001, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleases> (besucht im Mai 2010); der Schweizer Konzern Hoffmann-La Roche zog den Entscheid der EU-Kommission nicht weiter.

³³ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass z.B. nach deutschem Recht Bussgelder durch das Bundeskartellamt nicht nur gegen Unternehmen, sondern auch gegen natürliche Personen verhängt werden können (§ 81 Abs. 4 Satz 1 GWB). Dagegen vermag die Europäische Kommission keine Bussgelder gegen natürliche Personen auszusprechen.

³⁴ Vgl. dazu EBERHARD VETTER, Compliance in der Unternehmenspraxis, in: GREGOR WECKER/HENDRIK VAN LAAK (Hrsg.), Compliance in der Unternehmerpraxis, 2. Aufl., Gabler Verlag, Wiesbaden 2009, S. 38 ff.

³⁵ Vgl. dazu NICOLE DOMKE/MELANIE STEHR, Ignorieren oder vorbereiten? Schutz vor Antitrust Verstössen durch «Compliance»-Programme, Working Paper No. 42, 06/2008, Fachhochschule für Wirtschaft Berlin, S. 9 ff.

³⁶ Vgl. dazu statt Vieler THEODOR BÜHLER, Corporate Governance und Compliance, in: HANS CASPAR VON DER CRONE/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH/DIETER ZOBL, Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter

Forstmoser, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 211 ff.; ANDREAS KELLERHALS, Compliance im Wettbewerbsrecht, in: PETER V. KUNZ/DOROTHEA HERREN/THOMAS COTTIER/RENÉ MATTEOTTI (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Zürich 2009, S. 535 ff. und VETTER (Fn. 34), S. 33: «Richtig ist vielmehr, dass eine vorbildliche Compliance sowohl aus organisationstheoretischer Sicht wie auch aus rechtlicher Sicht ein proaktives Vorgehen der Geschäftsleitung erforderlich macht und das gesamte Unternehmen erfassen muss. Compliance beschränkt sich deshalb nicht allein auf das Postulat der Rechtstreue des Unternehmens, sondern umschreibt die Summe der organisatorischen Massnahmen eines Unternehmens, mit denen gewährleistet werden soll, dass sich die Geschäftsleitung wie auch die Mitarbeiter des Unternehmens rechtmässig verhalten».

³⁷ Vgl. dazu PETER KURER, Compliance Management in einem Financial Services-Dienstleister, in: Markus Berni/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Internationales Handelsrecht III: Compliance Management als juristische Kernfunktion im Unternehmen, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 66.

³⁸ Vgl. ANDREAS HEINEMANN, Kriminalrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht, in: PETER V. KUNZ/DOROTHEA HERREN/THOMAS COTTIER/RENÉ MATTEOTTI (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Zürich 2009, S. 619 ff.; KARL HOFSTETTER, Korrekturbedürftige Bussenexzesse im europäischen Kartellrecht, NZZ Nr. 123, 29.05.2008, S. 29 und KRAUSKOPF/ROCHAT (Fn. 21), S. 63 ff.

³⁹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG L 1/1 vom 4.1.2003).

⁴⁰ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Bst. a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, ABl. EG C 210/2 vom 1.9.2006).

⁴¹ Gl. M. MEINRAD DREHER, Kartellrechtscompliance, ZWeR 2004, S. 86.

⁴² Nach bestehender Gesetzeslage könnte Kartellrechtscompliance auch in der Schweiz als mildernder Umstand i.S.v. Art. 6 Verordnung über die Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 geprüft werden (Verordnung über die Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen [KG-Sanktionsverordnung, SVKG] vom 12. März 2004 [Stand am 23. März 2004], SR 251.5, abrufbar unter: www.admin.ch/ch/d/sr/251_5/index.html [besucht im Mai 2010]) siehe auch

Subsumtion unter die vorgenannten Rechtsgrundlagen wäre auch eine ständige und einheitliche Praxis der Kommission, des EuG oder EuGH denkbar.

D. Bestandesaufnahme

1. Darstellungen in der Lehre

[Rz 15] DANNECKER/BIERMANN: «In einer Reihe von Fällen lehnte die Kommission das Eingreifen von mildernden Umständen ab. So wurde die Tatsache, dass es sich bei dem Wettbewerbsverstoss um die erste Zuwiderhandlung in der betreffenden Branche handelt, nicht als mildernder Umstand anerkannt, da das Fehlen von einer früheren Zuwiderhandlung den Normalfall darstelle. Eine bussgeldmindernde Wirkung der Einleitung bzw. Einführung eines unternehmensinternen Programms zur Gewährleistung eines (zukünftigen) wettbewerbskonformen Verhaltens wurde überwiegend abgelehnt. [...] Bedauerlich ist, dass die Kommission auch die Einführung von Compliance-Programmen nicht als Milderungsgrund ansieht».⁴³

[Rz 16] HEINEMANN: «Die Behördenpraxis zur Berücksichtigung von Compliance-Programmen muss derzeit als intransparent bezeichnet werden. Die Europäische Kommission hat es in einem Fall abgelehnt, ein Compliance-Programm als mildernden Umstand zu berücksichtigen.⁴⁴ Im konkreten Fall war dieses Programm allerdings erst eingeführt worden, nachdem die Europäische Kommission ein Verfahren eingeleitet hatte. Die Begründung der Kommission ist aber so allgemein gehalten, dass sich hieraus eine grundsätzliche Ablehnung ablesen lässt. [...] Der Katalog der mildernden Umstände in den Leitlinien zur Festsetzung von Geldbussen sollte insoweit ergänzt werden».⁴⁵ [Rz 17] THEURER: «Die Kommission und die Rechtsprechung lehnen es (bisher) ab, diese [Compliance] Massnahmen mildernd zu bewerten. Die Einführung eines Complianceprogramms könne keine Garantie für künftige, dauerhafte Befolgung der Wettbewerbsregeln darstellen. Diese Ablehnung könnte mit den Erfahrungen in zwei Verfahren gegen das Unternehmen British Sugar erklärt werden. Darin war die Einführung eines solchen Programms zunächst als mildernder Umstand bewertet worden. Bei einem anschliessenden Rückfall sah die Kommission den Ver-

stoss gegen das Complianceprogramm als erschwerenden Umstand an».⁴⁶

[Rz 18] Nach THEURER müsste jedoch angesichts der weiten Unternehmenshaftung für das Handeln der vertretungsberechtigten Personen deren eigenmächtiges Handeln zumindest als mildernder Umstand anerkannt werden.⁴⁷

[Rz 19] Nach DANNECKER/BIERMANN⁴⁸, HEINEMANN⁴⁹ und THEURER⁵⁰ sollten hinreichend qualifizierte Compliance-Programme schuld mindernd berücksichtigt werden und zu einer Reduzierung des Bussgeldes führen können.⁵¹

2. Leading Cases

[Rz 20] EuG, T-279/02 vom 5. April 2006 (Degussa AG gegen Kommission)

[Rz 21] Die Klägerin warf der Kommission vor, bei der Beurteilung der erforderlichen Abschreckungswirkung der Geldbusse nicht beachtet zu haben, dass sie die Zuwiderhandlung vor der Verfahrenseröffnung beendet und ein internes Programm zur Einhaltung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft geschaffen habe.⁵² Dazu führte der EuG aus, dass es zwar aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung⁵³ bedeutsam sei, ob ein Unternehmen Massnahmen ergriffen habe, um künftige Zuwiderhandlungen seiner Mitarbeiter gegen das Wettbewerbsrecht zu verhindern, doch ändere dies nichts daran, dass die festgestellte Zuwiderhandlung tatsächlich begangen worden sei.⁵⁴ «Die blossе Tatsache, dass die Kommission bei ihrer Entscheidungspraxis in bestimmten Fällen die Einführung eines Befolgungsprogramms als mildernden Umstand berücksichtigt hat, bedeutet folglich nicht, dass sie verpflichtet wäre, in einem konkreten Fall ebenso vorzugehen»⁵⁵ Nach dieser Rechtsprechung sei die Kommission nach dem EuG folglich nicht verpflichtet, einen Compliance-Faktor als mildernden Umstand zu berücksichtigen.⁵⁶

Krauskopf/Rochat (Fn. 21), S. 64, Fn. 12.; vgl. dazu auch Patrick Krauskopf/Corinne Pirlot Pittet, La nouvelle Loi sur les Cartels: Un Vade-mecum pour les Entreprises, sic! 2004, S. 242 ff.

⁴³ GERHARD DANNECKER/JÖRG BIERMANN, in: ULRICH IMMENGA/ERNST JOACHIM MESTMÄCKER (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, Kommentar zum europäischen Kartellrecht, 4. Aufl., Verlag C.H. Beck München 2007, VO 1/2003, Art. 23, Rz. 178 ff.

⁴⁴ Europäische Kommission, Entscheidung vom 26. Mai 2004 (COMP/C-3/37.980 Souris – Topps) Rz. 187.

⁴⁵ HEINEMANN (Fn. 38), S. 620 f.

⁴⁶ THEURER, (Fn. 2), S. 253 ff.

⁴⁷ Vgl. THEURER (Fn. 2), S. 254.

⁴⁸ Vgl. DANNECKER/BIERMANN, in (Fn. 43), Rz. 178.

⁴⁹ Vgl. HEINEMANN (Fn. 38), S. 621.

⁵⁰ Vgl. THEURER (Fn. 2), S. 254.

⁵¹ Vgl. auch JÖRG BIERMANN, Neubestimmung des deutschen und europäischen Kartellsanktionsrechts: Reformüberlegungen, Determinanten und Perspektiven einer Kriminalisierung von Verstössen gegen das Kartellrecht, ZWeR 2007, S. 35 und 46 f.: «Ferner können Compliance-Programme und Fortbildungen zu einer dem freien Wettbewerb gegenüber positiv eingestellten Unternehmensstruktur führen. [...] Dies zeigt, dass einer Sanktionsmöglichkeit von Verbänden für das aus ihnen heraus begangene Unrecht auch nach einer Kriminalisierung des Kartellrechts eine eigenständige Funktion zukommt. Daher sollte nicht auf ein Unternehmenssanktionsrecht verzichtet werden».

⁵² Vgl. EuG, T-279/02 vom 5. April 2006, Rz. 348.

⁵³ Vgl. dazu z.B. EuG, T224/00 vom 9. Juli 2003 (Archer Daniels Midland), Slg. 2003, II2597, Rz. 280.

⁵⁴ Vgl. EuG, T-279/02 vom 5. April 2006, Rz. 350.

⁵⁵ EuG, T-279/02 vom 5. April 2006, Rz. 350.

⁵⁶ Vgl. EuG, T-279/02 vom 5. April 2006, Rz. 351.

[Rz 22] Der EuG hält in seinem Urteil den Grundsatz fest, dass die Einführung eines Compliance-Programms durch Unternehmen zweifellos keine tragfähige und sichere Garantie für die künftige dauerhafte Einhaltung des Kartellrechts darstellen kann, so dass solche Massnahmen die Kommission nicht zwingen können, eine Geldbusse herabzusetzen, weil der mit ihr verfolgte Präventionszweck zumindest teilweise bereits erreicht wurde.⁵⁷

[Rz 23] EuG, T-15/02 vom 15. März 2006 (BASF AG gegen Kommission)

[Rz 24] Bei den Faktoren, welche die Busse verringern sollten, handelte es sich in diesem Fall um folgende Massnahmen durch das Unternehmen: (a) die Entlassung ihrer in die Zuwiderhandlungen verwickelten Führungskräfte, (b) die Schaffung interner Programme (sog. Compliance-Programme) zur Befolgung der Wettbewerbsregeln, (c) Initiativen zur Sensibilisierung der Mitarbeiter, (d) die Kooperation der Klägerin während der Untersuchung und (e) die Zahlung oder Verpflichtung zur Zahlung von Geldbussen und Schadensersatz aufgrund der wegen der kollusiven Absprachen in Bezug auf die Vitaminprodukte ergangenen Entscheidungen der Gerichte von Drittstaaten.⁵⁸ Zu diesen Massnahmen verwendete der EuG die bekannte Begründung⁵⁹: «Zu den Massnahmen, die von der Klägerin nach Beendigung der Zuwiderhandlungen getroffen wurden, um deren erneute Begehung durch sie zu verhindern (Entlassung ihrer in die Zuwiderhandlungen verwickelten Führungskräfte sowie Schaffung interner Programme zur Befolgung der Wettbewerbsregeln und von Initiativen zur Sensibilisierung der Mitarbeiter in dieser Hinsicht) ist festzustellen, dass es zwar bedeutsam ist, dass ein Unternehmen Massnahmen ergriffen hat, um künftige erneute Zuwiderhandlungen seiner Mitarbeiter gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft zu verhindern, doch ändert dies nichts daran, dass die festgestellte Zuwiderhandlung tatsächlich begangen wurde».⁶⁰

[Rz 25] EuGH, verb. RS. C189/02 P, C202/02 P, C205/02 P bis C208/02 P und C213/02 P vom 28. Juni 2005 (Dans Rørindustri A/S u.a. gegen Kommission)

[Rz 26] Die Klägerinnen beanstandeten, dass die Kommission und der EuG die Einführung eines Programms zur Befolgung des Gemeinschaftsrechts nicht als mildernder Umstand für die Bussgeldbemessung berücksichtigt.⁶¹ Diesem

Vorbringen folgte der EuGH nicht. «Das Gericht [EuGH] hat nämlich keinen Rechtsfehler begangen, als es in der betreffenden Randnummer des Urteils festgestellt hat, dass zwar wichtig sei, dass die LR A/S Massnahmen ergriffen habe, um künftige erneute Zuwiderhandlungen ihrer Mitarbeiter gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft zu verhindern, dass dies jedoch nichts an der Tatsache der Zuwiderhandlung ändere, die vorliegend festgestellt worden sei. Das Gericht hat zu Recht entschieden, dass dieser Umstand die Kommission nicht verpflichtet habe, wegen eines mildernenden Umstands die Geldbusse dieser Rechtsmittelführerin herabzusetzen».⁶²

[Rz 27] Die obige Auswahl von Gerichtsurteilen, welche sich mit Compliance-Faktoren befassen, zeigt, dass Compliance als reine interne Massnahmen eines Unternehmens angesehen werden, ohne dass diese grundsätzlich Einfluss auf das Bussenmass haben.

IV. Bemerkungen

1. Widersprechende Interessen

[Rz 28] Der Sinn und Zweck von Compliance besteht darin, durch die Einführung bestimmter Organisationskonzepte und Massnahmen (z.B. interner Schulungen) ein gesetzestreu und korrektes Verhalten des Unternehmens zu gewährleisten. Das viel zitierte Argument des EuG ist somit durchaus nachvollziehbar.⁶³ Nach der gefestigten Rechtsprechung sei es zwar bedeutsam, dass ein Unternehmen Massnahmen ergriffen habe, um künftige Zuwiderhandlungen seiner Mitarbeiter gegen das Wettbewerbsrecht zu verhindern, doch ändere dies nichts daran, dass die Zuwiderhandlung tatsächlich begangen wurde.⁶⁴

[Rz 29] Auf der anderen Seite ist jedoch zu berücksichtigen, dass ein Unternehmen, welches in den Fokus der Wettbewerbsbehörde gekommen ist, oft nur die Verteidigung anhand der Compliance⁶⁵ bleibt.⁶⁶ Der zu besprechende Fall zeigt die Problematik in der Form des Nichtbeachtens von Weisungen.⁶⁷ Handelt eine Person im Unternehmen eigen-

⁵⁷ EuG, T-279/02 vom 5. April 2006, Rz. 361; relativierend jedoch in Rz. 362: «Zum anderen geht aus Randnummer 330 hervor, dass die Kommission die Berücksichtigung der Einführung des Compliance-Programms als mildernenden Umstand mit der Begründung abgelehnt hat, dass «diese Initiative ... zu spät [kam] und ... – als Präventivmassnahme – die Kommission nicht von ihrer Pflicht entbinden [kann], den von Degussa in der Vergangenheit begangenen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht zu ahnden».

⁵⁸ Vgl. EuG, T-15/02 vom 15. März 2006, Rz. 264.

⁵⁹ Vgl. dazu oben II.D.2. (EuG, T-279/02 vom 5. April 2006).

⁶⁰ EuG, T-15/02 vom 15. März 2006, Rz. 266.

⁶¹ Vgl. EuGH (Fn. 5), Rz. 371.

⁶² Vgl. EuGH (Fn. 5), Rz. 373.

⁶³ Vgl. dazu Fn. 63.

⁶⁴ Vgl. EuG, T-279/02 vom 5. April 2006, Rz. 350.

⁶⁵ Vgl. dazu statt Vieler KARL HOFSTETTER/MELANIE LUDESCHER, Der Konzern als Adressat von Bussen im EU-Kartellrecht, in: PETER V. KUNZ/DOROTHEA HERREN/THOMAS COTTIER/RÉNÉ MATTEOTTI (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Zürich 2009, S. 493 (Fehlende Berücksichtigung von Compliance-Vorkehrungen).

⁶⁶ HOFSTETTER/LUDESCHER halten dazu das folgende konzipiert fest (Fn. 66), S. 496.: «Ein Unternehmen bzw. eine Gesellschaft hat nur ein organisatorisches Mittel in der Hand, um Kartellverstöße von Mitarbeitern zu verhindern: Compliance».

⁶⁷ Vgl. dazu ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2004, S. 505 f., Rz. 19.

mächtig und ohne Wissen des Verwaltungsrats, so sollte doch der Umstand, dass z.B. eine sofortige Kündigung erfolgte und dieses Vergehen der einzige Misserfolg für das Compliance-Programm darstellte, mildernd berücksichtigt werden, sofern das Compliance-Programm, als ganzes gesehen (Schulungen, Kontrollen, usw.) ein taugliches Raster darstellt. Überzeugt der Gesamteindruck eines Compliance-Programms, so sollten diese Anstrengungen mildernd berücksichtigt werden. Zum Argument des Gerichts, die Wettbewerbsregeln könnten leicht umgangen werden, wenn von der Kommission verlangt würde, bei einem rechtswidrigen Verhalten eines Unternehmens zu prüfen und zu beweisen, wer der Urheber der verschiedenen Handlungen ist, was sie daran hindern könnte, das Unternehmen zu bestrafen, ist festzuhalten, dass in concreto, das heisst im betroffenen Unternehmen geprüft werden müsste, ob die Abwehrsysteme grundsätzlich funktionieren.

2. Lösungsansatz

a. Auslegung als Instrument für die Berücksichtigung von Compliance

[Rz 30] Auch wenn die Leitlinien nicht formell ergänzt werden, so stellt die Auslegung das Instrument dar, um Compliance-Massnahmen zu berücksichtigen.⁶⁸ Auslegungsinstrumente des Gemeinschaftsrechts bilden, ähnlich den nationalen Rechten,⁶⁹ die wörtliche, historische, systematisch-teleologische und die vertragskonforme Auslegung. Die systematisch-teleologische Auslegung ist einerseits durch das Bemühen um die Herausarbeitung des *Sinns und Zwecks* und andererseits durch die Herstellung einer Einheit mit anderen Vorschriften gekennzeichnet.⁷⁰ Die Geldbusse wegen Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht dient u.a. der Ahndung begangenen Unrechts (repressive Funktion). Durch die systematische Auslegung müsste einem ernst gemeinten und im Gesamtbild als tauglich erscheinendes Compliance-

Programm eine limitierende Funktion bezüglich der Geldbusse zukommen.⁷¹

b. Ergebnis

[Rz 31] Damit keine Missverständnisse aufkommen, sei hier nochmals das Folgende zu verdeutlichen: Es geht nicht darum anzuzweifeln, dass jede Kartellrechtsordnung auf wirksame Instrumente zwecks Durchsetzung ihrer wesentlichen Regelungen angewiesen ist. Auch ist nicht in Abrede zu stellen, dass von den angedrohten Sanktionen eine abschreckende Wirkung zur Verhinderung von Wettbewerbsverstössen ausgehen muss. Der Antrag einer vollständigen Exkulpation ist daher meines Erachtens abzulehnen. Compliance-Programme sollen vor allem dazu dienen, dass keine Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht stattfinden. Es erscheint mir aber angemessen, ein grundsätzlich effektives und tatsächlich gelebtes Compliance-Programm als bussgeldmindernd anzurechnen.⁷² Ausschlaggebend ist nämlich, dass der Schuldvorwurf abgeschwächt wird, wenn das Unternehmen strenge interne Kontrollen durchgeführt hat. Diese Kontrollen und Bemühungen sind durch die Kommission, den EuG oder den EuGH rechtlich zu würdigen. Mit anderen Worten: Meiner Ansicht nach müssen die einzelnen Bemühungen, um Kartellrechtsverstösse zu verhindern, geprüft werden. Zeigt das Gesamtbild, dass das Compliance-System grundsätzlich funktioniert, aber just ein Mitarbeiter z.B. im Aussendienst durch den Compliance-Filter fiel, so sind die anderen getätigten Bemühungen dennoch bei der Bussgeldbemessung zu berücksichtigen. Mit der Berücksichtigung von Compliance-Massnahmen wäre ein Ausgleich zwischen der Forderung nach effektiver Durchsetzung des Kartellrechts und der Wahrung wohl berechtigter Erwartungen an das Recht, schuld mindernde Faktoren bei der Festsetzung des Bussgeldes zu berücksichtigen, geschaffen.

[Rz 32] In der Tendenz lässt sich jedoch erkennen, dass die Luxemburger Behörden Compliance Programme anhand einzelner durchgeführter Kriterien⁷³ generell nicht berücksichti-

⁶⁸ Vgl. allgemein zur Auslegung des EU-Rechts: KLAUS-DIETER BORCHARDT, in: EU- und EG-Vertrag, Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Carl Otto Lenz/Klaus-Dieter Borchardt (Hrsg.), 4. Aufl., Helbing & Lichtenhahn et al., Basel/Genf/München 2006, Art. 220, Rz. 15 ff. und DANNECKER/BIERMANN, in (Fn. 43), Vorbemerkungen VO 1/2003, Rz. 30 ff.; vgl. allgemein zur Auslegung des Schweizer Rechts: ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Stämpfli Verlag AG et al., Bern 2010, S. 56 ff. sowie MARC AMSTUTZ, «Perdu dans les signes», Anmerkungen zur Funktion des Methodenrechts, in: Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Christian Bovet (Hrsg.), *Economie Environnement Ethique*, Zürich 2009, S. 1 ff.

⁶⁹ Vgl. dazu Borchardt (Fn. 68), Art. 220, Rz. 15: «Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH knüpft zwar im Wesentlichen an die aus dem innerstaatlichen Bereich bekannten Regeln an, diese werden jedoch in der Rechtsprechungspraxis des EuGH entsprechend der Besonderheiten der Gemeinschaftsrechtsordnung gewichtet und zu gemeinschaftsspezifischen Auslegungsmethoden ausgebildet» [z.B. autonome Auslegung].

⁷⁰ Vgl. dazu Borchardt (Fn. 68), Art. 220, Rz. 25 und DANNECKER/BIERMANN, in (Fn. 43), Vorbemerkungen VO 1/2003, Rz. 32.

⁷¹ Vgl. dazu DANNECKER/BIERMANN (Fn. 43), Vorbemerkungen, Art. 23-27 VO 1/2003, Rz. 23.

⁷² In der Schweiz hat Rolf Schweizer (Ständerat) eine Motion eingereicht, mit welcher der Bundesrat beauftragt wird, im Kartellgesetz durch eine ausdrückliche Regelung sicherzustellen, dass Unternehmen, welche ein hohen Anforderungen genügendes Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen betreiben, mit einer reduzierten Verwaltungsanktion belegt werden können. Zur Stärkung der Compliance-Anstrengungen der Unternehmen sollen im Kartellgesetz gleichzeitig Strafsanktionen für natürliche Personen im Fall ihrer aktiven Beteiligung an Kartellabsprachen mit Wettbewerbern verankert werden (Motion 07.3856, im Ständerat eingereicht von Rolf Schweizer; angenommen am 3. Dezember 2009 [NR], abrufbar unter: www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaeftte.aspx?gesch_id=20073856 [besucht im Mai 2010]).

⁷³ Vgl. zu möglichen Kriterien: HOFSTETTER/LUESCHER (Fn. 66), S. 496 (Kein Organisationsverschulden bei «Best Practice Compliance»; HELMUT JANSSEN, Kartellrechts-Compliance, in: GREGOR WECKER/HENDRIK VAN LAAK (Hrsg.), *Compliance in der Unternehmerpraxis*, 2. Aufl., Gabler Verlag, Wiesbaden

gen wollen. Die oben aufgeführten Beispielsfälle⁷⁴ zeigen, dass von der Kommission bis zum EuGH die Überzeugung vorherrscht, dass das Compliance-Programm nichts am tatsächlich begangenen Kartellrechtsverstoss änderte, weshalb die unternehmensinternen Massnahmen auch nicht bussgeldmindernd beachtet werden. Dass die Hüter des Wettbewerbsrechts die Erwartungen an die Berücksichtigung eines Compliance-Programms selektionieren ist verständlich; die wiederkehrende vorgenannte Argumentation greift aber bei komplexen Compliance-Programmen zu kurz. Darunter leidet m.E. auch die Nachvollziehbarkeit⁷⁵ des Urteils bezüglich der Nichtberücksichtigung von Compliance-Programmen.

* * *

3. Compliance-Kriterien

[Rz 33] Das Compliance-Programm muss auf den Bedarf des jeweiligen Unternehmens zugeschnitten sein. Ein allgemein gültiges Rezept kann es aus diesem Grund nicht geben, weshalb nachfolgend im Sinne einer Auswahl einige Parameter dargestellt werden:⁷⁶

- Klare Betriebsorganisation (wer kann für Kartellrechtsfragen angefragt werden)
- Konkrete Handlungsweisungen, bzw. -empfehlungen
- Wiederkehrende Schulungen, welche branchen- und tätigkeitsbezogen sind
- Kontrollen (ggf. Stichproben) und Sanktionen/Konsequenzen
- Gezielte Überwachungen einzelner risikobelasteten Abteilungen/Mitarbeiter bei konkreten Anhaltspunkten
- Dokumentation der Compliance-Massnahmen
- Kennen der Geschäftspartner
- Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden

Salim Rizvi, lic. iur, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand bei Prof. Dr. Rolf H. Weber, Universität Zürich und Teilnehmer am LL.M.-Lehrgang «Internationales Wirtschaftsrecht», 2008/2010.

2009, S. 213 ff. (Bestandteile eines effektiven Compliance-Programms); DOMKE/STEHRE, (Fn. 35), S. 13 ff. und DREHER (Fn. 2), S. 93 ff.; für kleinere und mittelgrosse Unternehmen (KMU) hat die britische Wettbewerbsbehörde Office of Fair Trading (OFT) ein Merkblatt veröffentlicht, nachdem kleinere Unternehmen möglicherweise kein formelles Compliance-Programm benötigen, sie aber dennoch sicherstellen müssten, dass ihre Mitarbeiter sich bewusst sind, wie wichtig die Einhaltung kartellrechtlicher Regelungen sind, vgl. dazu: http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/ca98_mini_guides/oft424.pdf (besucht im Mai 2010).

⁷⁴ Vgl. Fn. 2 ff.

⁷⁵ Vgl. dazu Rizvi (Fn. 16), S. 466.

⁷⁶ Vgl. zu den Literaturangaben (Fn. 75).